

Horacio Cánepa Torre, Presidente del Tribunal
Vicente Tincopa Torres, Árbitro
Randol Campos Flores, Árbitro

446
00000137

**CONTROVERSIA ENTRE CONTROVERSIA ENTRE PROMAS S.R.L.
Y MINISTERIO DE CULTURA.**

LAUDO DE DERECHO

Lima, 6 de setiembre de 2016

Laudo arbitral dictado por el Tribunal Arbitral conformado por:

Doctor Horacio Cánepa Torre, Presidente del Tribunal

Doctor Vicente Tincopa Torres, Árbitro

Doctor Randol Campos Flores, Árbitro

Abogado **JORGE HIDALGO SOLÓRZANO**, Secretario del Tribunal Arbitral.

I. PARTES.

**DEMANDANTES: PRODUCTOS Y SERVICIOS DE
MANTENIMIENTO Y SEGURIDAD INDUSTRIAL SRL.- PROMAS
SRL** en adelante la CONTRATISTA o la DEMANDANTE.

**DEMANDADO: MINISTERIO DE CULTURA – PROYECTO ESPECIAL
COMPLEJO ARQUEOLOGICO DE CHAN CHAN,** en adelante la
ENTIDAD o la DEMANDADA.

II. ANTECEDENTES DEL PROCESO ARBITRAL.

II.1. SEDE DEL TRIBUNAL

Se estableció como sede del Tribunal Arbitral, las oficinas ubicadas en Av. Ricardo Palma 341, oficina 705, Miraflores, Lima.

II.2. NORMATIVA APLICABLE AL PROCESO.

Conforme a lo establecido en la cláusula décima sexta del contrato para la contratación del “Servicio de Mantenimiento del Cerco Vivo en el Complejo Arqueológico de Chan Chan” (en adelante el CONTRATO), suscrito el 24 de noviembre de 2011, la norma aplicable es en lo no previsto en el contrato, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, que corresponde al Decreto Legislativo 1017 y al Reglamento aprobado mediante D.S. 184-2008-EF, las directivas de la OSCE, la normativa especial que sea aplicable y las disposiciones pertinentes del Código Civil.

III. VISTOS DEL PROCESO ARBITRAL

III.1. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El proceso arbitral se instaló en la ciudad de Trujillo el 23 de mayo de 2014, con la asistencia de los árbitros y los representantes de las partes.

III.2. POSICIONES DE LAS PARTES.

III.2.1. DEMANDA PRESENTADA POR PROMAS S.R.L.

La CONTRATISTA interpone la demanda, señalando las siguientes pretensiones:

Primera Pretensión Principal: Que se declare el Reconocimiento de la Conformidad Total del servicio brindado generado a raíz de la suscripción del CONTRATO DE SERVICIO DE MANTENIMIENTO DE CERCO VIVO EN EL

COMPLEJO ARQUEOLÓGICO CHAN CHAN, derivado de CONCURSO PÚBLICO Nro. 001-2011-CHAN CHAN.

00000139

Segunda Pretensión Principal: Se Declare Consentida la resolución de contrato de servicio de mantenimiento de cerco vivo en el complejo arqueológico Chan Chan, derivado de concurso público Nro. 001-2011-CHAN CHAN, por incumplimiento en sus obligaciones esenciales (Pago), notificada notarialmente con fecha 17 de enero del año 2013.

Tercera Pretensión Principal: Se Declare Consentida la Liquidación de servicio brindado y notificada notarialmente con fecha 09 de abril del 2013, asciende a la suma de (S/. 653,466.78) SEIS CIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS SESENTISEIS y 78/100 nuevos soles.

Primer Pretensión accesoria derivada de la Tercera Pretensión Principal: Reconocimiento y pago por el servicio prestado correspondientes a los meses de mayo 2012 a noviembre del 2012, que asciende a la suma de (S/. 653,466.78) SEIS CIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS SESENTISEIS Y 78/100 nuevos soles.

Segunda Pretensión accesoria derivada de la Tercera Pretensión Principal: el reconocimiento y pago de los intereses legales generado por la demora en el pago.

Cuarta Pretensión Principal: Se Declare la Ineficacia y/o Nulidad del Acto Administrativo contenido en el Oficio No. 001-2013-OA-PECACH-VMPCIC/MC de fecha 18 de enero del 2013, que contiene la comunicación de observaciones al servicio brindado.

Quinta Pretensión Principal: Reembolso total de Costas y Costos Arbitrales.

La CONTRATISTA señala que con fecha 17 de noviembre del 2011, se le se adjudicó la Buena Pro del Proceso de Selección Concurso Público No. 001-2011,

para la contratación del Servicio de Mantenimiento de Cerco Vivo en el Complejo Arqueológico Chan Chan, por la suma ascendiente a Un Millón Seiscientos Ocho Mil Novecientos Novecientos Cincuenta y Seis y 00/100 nuevos soles (5/. 1'608,956.00). Con fecha 24 de Noviembre del 2011, mediante **CONTRATO DE SERVICIO DE MANTENIMIENTO DE CERCO VIVO EN EL COMPLEJO ARQUEOLÓGICO CHAN CHAN.**

Con fecha 24 de Noviembre del 2012, mediante Cartas C01310- 12P.SRL y C01311-12P.SRL, PROMAS SRL, dirigidas a la Administración del Proyecto Especial Arqueológico Chan Chan, y a la Supervisión contratada por el Proyecto Especial Arqueológico Chan Chan, se comunica la Conclusión del Servicio.

Mediante Carta de fecha 26 de Noviembre del 2012, comunican a la ENTIDAD, la culminación de las actividades del servicio.

Con fecha 03 de diciembre del 2012, se les remitió la Carta C01322-12P.SRL, mediante la cual se entrega el informe del último periodo, del servicio materia del Contrato.

Ante la demora en la conformidad, la CONTRATISTA señala que continuo regando hasta casi un mes después, sin que esta conformidad se otorgue, ante ello a través de Carta de fecha 28 de Diciembre del 2012, se comunica que la conclusión del contrato se efectuó el 24 de noviembre del 2012, y se procedió a realizar la entrega del servicio, aclarando que ya había transcurrido más de un mes sin que se haya producido la conformidad, deslindando cualquier responsabilidad relacionada al mantenimiento del cerco vivo.

Mediante Carta Notarial de fecha 08 de Enero del 2013, siguiendo el procedimiento para Resolución de Contrato, establecido en el Artículo 169 del Reglamento, y ante el incumplimiento de la ENTIDAD, en cumplir con sus obligaciones contractuales referidas al pago por el servicio brindado, se le requirió que satisfaga estas obligaciones dentro del plazo máximo de cinco días

Con fecha 17 de enero del año 2013 y ante el incumplimiento de la ENTIDAD, en satisfacer con sus obligaciones contractuales, se cursó Carta Notarial resolviendo el contrato.

Con fecha 18 de Enero del 2013, la ENTIDAD recién comunica observaciones al servicio brindado, a través del Oficio No. 001-2013-0A-PECACH-VMPCIC/MC, no obstante esta fue recepcionada según consta un día después de la resolución de contrato, cuando ya no tenían responsabilidad sobre este.

El 31 de Mayo del 2013, mediante dos cartas se responde las observaciones precisando que esta habla llegado con posterioridad a la resolución de contrato, e indicando además que con fecha 04 de marzo del 2013, se ha notifica notarialmente el consentimiento de la resolución de contrato.

La CONTRATISTA señala que en vista que la ENTIDAD, no inicio acción alguna sobre la Resolución de Contrato, con fecha 04 de Marzo del 2013, se notifica notarialmente a esta el Consentimiento de la Resolución de Contrato, por incumplimiento de obligaciones esenciales (pago).

Con fecha 09 de abril del 2013, se notifica notarialmente a la ENTIDAD, la Liquidación del Servicio, la que asciende a la suma de SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS CON 78/100 NUEVOS SOLES (S/. 653,466.78), correspondiente a los últimos seis meses del servicio, que corresponde a mayo, junio, julio, agosto, setiembre y octubre de 2012.

El CONTRATISTA señala que la fecha (de la presentación de su demanda), no se recepcionado ningún documento observando la liquidación.

El CONTRATISTA señala que ha cumplido correctamente con el servicio de conformidad con las Bases del Proceso de selección materia del contrato, no obstante la ENTIDAD, luego del sexto mes, no canceló el servicio brindado, continuando y concluyendo el servicio ofertado y comprometido.

La controversia se genera en el incumplimiento por parte de la ENTIDAD, en el pago de los seis últimos meses que se brindó el servicio, desde el periodo 02 del servicio (periodo del 26 de diciembre 2011 al 25 de Enero del 2012), la Entidad, incumplió sus obligaciones esenciales relacionadas al pago oportuno que todo proveedor se merece, pues este se efectuó recién el 13 de julio del 2012.

El periodo 03 de servicio (del 26 de enero al 25 de Febrero del 2013), fue cancelado conjuntamente con el periodo 02, luego de sendas cartas solicitando respeten sus obligaciones, el 13 de julio del 2012 (las cartas a que se hacen referencia con la Carta No. Co2S6-12/P.SRL, Carta No. Co270-12/P.SRL, Carta Notarial de fecha 04 de Abril del 2012, Carta No. Co280-12jP.SRL)

A julio del 2012, nuevamente se habían acumulado los períodos, cuatro, cinco y seis. A septiembre del 2012, ya se habían acumulado los períodos del cuatro al diez es decir, del 26 de febrero al 25 de septiembre del 2013, sin que la ENTIDAD emita documento alguno o se pronuncie sobre su incumplimiento de pago, no obstante las cartas enviadas (las cartas a que se hacen referencia son Carta Notarial de fecha 24 de julio del 2012, Carta Notarial No. Co1064-12/P.SRL de fecha 27 de septiembre del 2012).

Con fecha 26 de Noviembre a través de carta No. Co1310-12/P.sRL, dirigida al Proyecto Especial Complejo Arqueológico Chan Chan, con atención al Sr. Julio Horna Salazar, Jefe de la Administración, se pone en conocimiento la Culminación de la Actividades relacionadas al servicio.

En la misma fecha, a través de carta No. Co1311-12/P.SRL, dirigida al Proyecto Especial Complejo Arqueológico Chan Chan, con atención al Ing. Estuardo Rafael Pajares Bazán, Supervisor del Servicio de Mantenimiento del Cerco Vivo, se pone en conocimiento la Culminación de la Actividades relacionadas al servicio, quedando con ello, bajo responsabilidad de la ENTIDAD el mantenimiento de este, pues como se ha indicado anteriormente, del contrato

se desprende, las obligaciones de mi representada, llegan hasta la culminación del contrato.

Con fecha 01 de diciembre del 2012, se hace llegar a la Entidad, dos juegos de Informes, correspondiente al periodo 26 de octubre del 2012 al 25 de noviembre del 2012, para su trámite correspondiente de pago.

Con fecha 28 de diciembre del 2012, con carta C01466-12/P.sRL, y habiendo ya transcurrido más de un mes que se puso en conocimiento la conclusión del servicio y debido a que la ENTIDAD, no otorgaba conformidad, se comunica nuevamente la conclusión del contrato y entrega del servicio.

Con fecha 08 de enero del 2013, vía conducto notarial y habiendo transcurrido tiempo excesivo para que se tramite y genere el respectivo pago, se informa a la Entidad, en relación al plazo para efectuar el pago, y a la vez se le solicita cumpla con cancelar los periodos seis al doce, otorgándole el plazo de cinco días ascendientes a la suma de seiscientos cincuenta y tres mil cuatrocientos sesenta y seis con 78/100 nuevos soles (S/. 653,466.78), bajo apercibimiento de Resolver el Contrato ante el incumplimiento.

Mediante Carta Notarial de fecha 17 de enero del 2013, y habiendo la Entidad, incumplido con sus obligaciones esenciales y conforme al apercibimiento efectuado a través de la Carta Notarial de fecha 08 de enero del 2013, se notifica la Resolución del Contrato.

La CONTRATISTA señala que la ENTIDAD, no se ha pronunciado sobre la Resolución del Contrato suscrito, y habiendo transcurrido el plazo legal, a través de Carta Notarial de fecha 04 de Marzo del 2013, se le notifica el consentimiento de la resolución del CONTRATO.

Habiéndose resuelto el contrato suscrito, procedieron a liquidar el monto adeudado por la entidad ante el servicio brindado, es por ello que con fecha 10 de Abril del 2013, vía conducto notarial, se pone en conocimiento la Liquidación

del Servicio, la cual asciende a la suma de seiscientos cincuenta y tres mil cuatrocientos sesenta y seis con 78/100 nuevos soles.

La Liquidación de Servicio, antes mencionada, no ha sido observada por la ENTIDAD, señala que por el contrario con fecha 19 de Abril del 2013, funcionarios de la Entidad, reconocen los periodos adeudados, para lo cual se suscribió un Acta de Acuerdo, en la que se comprometían al pago de la dichos periodos, a través de un cronograma de pago, y por parte de la CONTRATISTA se obligó a contestar las observaciones planteadas al servicio.

Ante este acuerdo, la CONTRATISTA cumple el 31 de mayo del 2013, con emitir una respuesta sobre las observaciones planteadas, demostrando en dicho informe, que se ha cumplido cabalmente con el servicio y acorde a los términos de referencia del proceso de selección Concurso Público No. 001-2011.

Durante todo el tiempo de ejecución del servicio brindado, se ha hecho entrega oportunamente a la supervisión, cada uno de los doce informes del servicio de mantenimiento, correspondiente a los doce periodos que contempla el contrato, por lo que han cumplido en todos los periodos con el servicio contrato.

Al ser la supervisión la que representada a la Entidad en el servicio, se debe entender que la Entidad, tuvo conocimiento oportuno de cada periodo ejecutado, en ese sentido, no tiene objeto la supuesta observación al servicio elaborada dos meses después de que este ha sido entregada a cargo de la Entidad.

Se puede también colegir que el Contrato se encuentra resuelto y más aún si esta Resolución de contrato ha quedado consentida, teniendo igual categoría la liquidación de la misma.

Se puede colegir que la Entidad ha reconocido a través del Acta de Acuerdo la deuda por los periodos seis al doce, que asciende a la suma de SEIS CIENTOS

CINCUENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS CON 78/100 NUEVOS SOLES (S/. 653,466.78).

III.2.1. EXCEPCION DE CADUCIDAD, CONTESTACIÓN DE DEMANDA DE MINISTERIO DE CULTURA – PROYECTO ESPECIAL COMPLEJO ARQUEOLOGICO DE CHAN CHAN Y RECONVENCIÓN PRESENTADA EL 27 DE AGOSTO DE 2014.

La ENTIDAD deduce la excepción de caducidad, contesta la demanda y presenta reconvención, apersonándose mediante el Procurador Público de los asuntos jurídicos del MINISTERIO DE CULTURA.

EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD.

La ENTIDAD deduce la excepción de caducidad de la solicitud de arbitraje de la CONTRATISTA, señalando que mediante oficio N° 001-2013-OA-PEACACH-VMPCIC/MC del 18 de enero de 2013, notificado el mismo día, comunicó a la CONTRATISTA ciertas observaciones al servicio, solicitando su subsanación.

El artículo 176º del Reglamento, establece que respecto a las discrepancias en relación a la recepción y conformidad, así como la negativa de la ENTIDAD efectuarlas, debe realizarse dentro de los 15 días de ocurrida la negativa o de vencido el plazo para otorgar la conformidad, plazo que se contaría desde el 18 de enero de 2013.

La ENTIDAD señala, que puede tomarse como base, la fecha de la carta remitida por la CONTRATISTA mediante la cual resuelve el contrato, realizado el 17 de enero de 2014.

La ENTIDAD señala que la pretensión ha sido planteada fuera de plazo, por lo que se ha configurado la caducidad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La ENTIDAD señala que no le corresponde a la CONTRATISTA, ninguna de las pretensiones planteadas en su demanda, pues no se puede declarar el Reconocimiento de la Conformidad Total del servicio por cuanto este no fue nunca concluido, ya que a pesar del tiempo transcurrido nunca se levantaron las observaciones planteadas, inclusive a pesar de que mediante acta de fecha 19 de abril de 2013, el contratista se comprometió a levantar las observaciones que se realizaron.

No se puede declarar el consentimiento de una resolución del contrato, DE SERVICIO DE MANTENIMIENTO DE CERCO VIVO EN EL COMPREJO ARQUEOLOGICO CHAN CHAN, por cuanto que, no se puede resolver el contrato aduciendo falta de pago, si el contratista no ha levantado las observaciones planteadas conforme a Ley.

No se puede declarar consentida la liquidación de servicio brindado y notificada notarialmente con fecha 09 de abril del 2013, por cuanto que, dicho servicio no sólo fue efectuado de manera deficiente, sino que además, no se levantaron las deficiencias observadas causando perjuicio a la entidad.

No se puede declarar la ineeficacia y/o nulidad del Acto Administrativo contenido en el Oficio N° 001-2013-OA-PECACH VMPCIC/MC de fecha 18 de Enero del 2013, que contiene la comunicación de observaciones al servicio brindado; por cuanto que, dicho oficio ha sido emitido en estricto uso de su derecho, ya que el Contrato y en el Reglamento, no se establecen fechas para la recepción final de los servicios cuando han sido brindados en forma periódica, esto porque el servicio se prestó en cada mes y se debería emitir una conformidad del servicio conforme a su avance.

En el presente caso las prestaciones también involucraban brindar bienes tangibles (un determinado número de plantas luego de una siembra y resiembra x que después de un periodo de tiempo deberían tener determinada altura) que

a decir del Informe de la Supervisora de Planta (e) en algunas zonas estas no existen.

Aun cuando se tenga informes de conformidad mensual, mientras exista un documento del área usuaria donde se realizan observaciones sin precisar a qué periodo o mes corresponden, mal haría la Entidad en proceder a pagar sin antes cuantificar el monto de las prestaciones no ejecutadas y más aún si no existe presupuesto específico para el servicio .

La ENTIDAD señala que en enero de 2011, el Jefe del Departamento de Conservación y Puesta en Valor de la Unidad Ejecutora, licenciado Arturo Paredes Núñez, comunicó al Jefe de la Oficina de Administración, el "diagnóstico" de la situación de las plantaciones sembradas en el Complejo Arqueológico de Chan Chan, solicitando la elaboración y ejecución de un plan de mantenimiento del cerco vivo, realizar el estudio de mercado, para iniciar el proceso de selección, determinándose posteriormente el valor referencial en S/. 1'608 956,16 nuevos soles, por un periodo de 12 meses.

El Jefe de la Unidad de Abastecimiento, señor Víctor Raúl Espinoza Monzón, solicitó al licenciado Antonio Eleodoro Gordillo Vega, Jefe de la Oficina de Planificación y Presupuesto, la Certificación Presupuestal por el importe de S/. 764 254.18 nuevos soles, para atender el servicio de mantenimiento del cerco vivo correspondiente al año 2011. En atención a dicha solicitud, el responsable de Presupuesto, señor Manuel Alfonso Coronado Vélez, mediante Informe N° 026-2011-PTO-OPP-PECACH/MC de 12 de setiembre de 2011, señaló que "*La meta Acciones de Conservación, Mantenimiento, Estudios, defensa y Participación Ciudadana del Complejo Arqueológico: a la fecha cuenta con una ejecución de SI. 75 701.40; el marco actual es de S/. 842,040.00. Deduciendo los montos consignados anteriormente se tiene un saldo disponible de SI. 766 338,60*". Lo cual fue informado al Jefe de la Oficina de Administración, economista Helder Lincol Olivares Peña, con Memorándum N° 070-2011-OPP-PECACH/MC de 12 de setiembre de 2011, suscrito por el Jefe de la Oficina de Planificación y Presupuesto.

El Jefe de la Unidad de Abastecimiento, señor Víctor Raúl Espinoza Monzón solicitó la certificación presupuestal para la ejecución del servicio solo por el año 2011, no obstante que el servicio requerido tenía un periodo ejecución de 12 meses, que involucraba dos ejercicios presupuestales no habiendo contemplado la solicitud de previsión presupuestal para el ejercicio 2012.

El Jefe de la Oficina de Administración, sin haber verificado la correspondiente previsión de la disponibilidad presupuestal, mediante Informe N° 035-2011-0A-DPECACH/MC de 14 de setiembre de 2011, solicitó al Director de la Unidad Ejecutora, licenciado Cristóbal Campana Delgado, la aprobación del expediente de contratación, quien mediante Resolución Directoral N° 022-2011-D-PECACH/MC de 14 de setiembre de 2011, y con las omisiones señaladas en cuanto a la disponibilidad presupuestal para el ejercicio 2012, aprobó el expediente de contratación del proceso de selección.

La ENTIDAD señala que las bases del proceso, fue aprobado por el Comité Especial, designado mediante Resolución Directoral N° 023-2011-D-PECACH/MC de 15 de setiembre de 2011, quienes elaboraron las bases del Concurso Público, las que fueron aprobadas mediante Resolución Directoral N° 029-2011-D-PECACH/MC de 14 de octubre de 2011 e integradas el 7 de noviembre de 2011.

De la revisión a las bases integradas del referido proceso de selección se advierte que en el Capítulo 111, Especificaciones Técnicas y Requerimientos Técnicos Mínimos, se consigna que el proyecto comprende la rehabilitación y el mantenimiento de 56,336 plantones distribuidos a lo largo de 17 316 metros lineales aproximados.

En el numeral 7, descripción se señala que el mantenimiento del Cerco Vegetativo que contempla un conjunto de actividades agronómicas en el perímetro de la Zona Intangible de Chan Chan; se debe realizar según la

siguiente distribución establecida, considerando zonas, hitos, cantidad de plantaciones y las especies de éstas.

La ENTIDAD señala que en el resultado final del proceso de selección, se le otorgó la Buena Pro al postor Productos y Servicios de Mantenimiento y Seguridad Industrial SRL. - PROMAS SRL, por la propuesta económica ascendente a S/. 1 608 956,00, la misma que quedó consentida en el mismo acto al haberse presentado una sola oferta.

En relación a la ejecución del servicio, señala que el 24 de noviembre de 2011, se suscribió el contrato, por el importe de S/. 1 608 956,00 nuevos soles, y mediante Carta C980- 11/P.SRL de 25 de noviembre de 2011, el Gerente de la empresa PROMAS SRL., presentó el Programa de Actividades - Plan de Trabajo, del servicio de mantenimiento del Cerco Vivo, en el que se detalla las actividades a realizar por cada sector a intervenir. Sin embargo, el referido plan no precisa como se efectuaría la entrega del servicio, y que altura mínima tendría cada plantón al finalizar el periodo del servicio de mantenimiento, tampoco se consideró los avances por hitos o sectores a intervenir. No obstante las omisiones, éstas no fueron observadas por la supervisora del proyecto, ingeniera agrónoma María Isabel San Martín Loyaga, quien recibió el documento.

Se inició la ejecución contractual, mediante Acta de entrega de terreno de 26 de noviembre de 2011, suscrita por la Ingeniera María Isabel San Martín Loyaga, en calidad de supervisora del servicio de mantenimiento y el señor Reynaldo Zurita Carranza, Gerente de la empresa PROMAS SRL.

En relación a los pago se señala que durante el mes de diciembre de 2011 y enero de 2012, se concedieron adelantos al proveedor de servicios, por los importes de S/. 240 000,00 y S/. 228 000,00 respectivamente; importes que sumados ascienden al 29,09% del monto total del contrato; en enero 2012, se efectuó el pago por el avance del servicio correspondiente al mes de diciembre 2011 por S/. 114079,66; y en los meses de julio, octubre y diciembre de 2012, se efectuaron los pagos de avances efectuados en los meses de enero, febrero,

marzo y abril de 2012, por un importe mensual de S/. 93 352,39, habiéndose pagado por el servicio, un total de S/. 955,489,22 nuevos soles, por avances de 5 meses y dos adelantos en efectivo.

La ENTIDAD señala la existencia de deficiencias en la ejecución del servicio, señalando que los informes de avance eran entregados por la CONTRATISTA, a la Supervisora del servicio, ingeniera María Isabel San Martín Loyaga, quien a su vez emitía el correspondiente informe de supervisión mensual.

De la revisión a los informes supervisión mensual, se advierte que la supervisora informó que la ejecución del servicio se desarrolló en los siguientes sectores; hitos 1 al 2 (sector Museo), hitos 8-18 (Sector Huaca del Higo), hitos 25 al 26 (sector Huanchaquito Alto y Bajo), hitos 27 al 31 (sector Ramón Castilla), hitos 36 al 41 (sector Valdivia), hitos 39A (sector Víctor Raúl) y Sector Canal Prehispánico La Mochica.

En ninguno de los informes emitidos, la supervisora, efectuó observaciones a la ejecución del servicio de mantenimiento del cerco vivo desarrollado del mes de diciembre del 2011 a noviembre del 2012, incumpliendo el cronograma de actividades y el plan de trabajo, presentado por el Contratista mediante documento C980-11/P.SRL de 25 de noviembre de 2011.

Tampoco se efectuaron observaciones de parte del Supervisor de Planta y del Jefe del Departamento de Conservación y Puesta en Valor, quienes no verificaron la correcta ejecución del servicio ni comprobaron en campo las actividades desarrolladas por el contratista, dando la conformidad del servicio para que se cancele al proveedor los respectivos avances de los meses de diciembre 2011 hasta abril de 2012.

Mediante Carta C131 0-12P.SRL y Carta C1311-12P.SRL, ambas del 26 de noviembre de 2012, dirigidas al Jefe de la Oficina de Administración y al Supervisor del Servicio del mantenimiento del Cerco Vivo, señores Julio Alberto Salazar Horna e ingeniero Estuardo Rafael Pajares Bazán" respectivamente, la

CONTRATISTA, comunica que el día 24 de noviembre de 2012, culminó el contrato del servicio de mantenimiento del cerco vivo, solicitando la designación de personal encargado de la recepción del servicio. Asimismo, con Carta Notarial C01466-12/P.SRL de 27 de diciembre de 2012, comunica la entrega del servicio de mantenimiento del cerco vivo.

El 7 de diciembre de 2012 se emite la Resolución Directoral N° 058-2012- D-PECACH-VMPCIC/MC, mediante la cual -a solicitud del Supervisor de Planta- considerando las peculiaridades del servicio en el cual era necesario verificar la resiembra y el tamaño y poda del Cerco Vivo, se constituyó un Comité de Recepción conformado por el Jefe de la Unidad de Conservación y Puesta en Valor, Supervisor de Planta y el Jefe de la Oficina de Administración.

El 9 de enero de 2013 mediante Informe N° 006-2013-SP-DCPV-PECACH-VMPCIC/MC, la Supervisora de Planta (e) del Proyecto Especial, previa visita al Cerco Vivo, realizó varias observaciones concluyendo que no es posible otorgar la conformidad. Recomienda contratar a un especialista para que emita opinión técnica a fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones de parte de la CONTRATISTA.

Mediante Oficio N° 001-2013-0A-PECACH-VMPCIC/MC de 18 de enero de 2013, entregado con intervención notarial el mismo día, el Jefe de la Oficina de Administración de la Unidad Ejecutora, licenciado Julio Salazar Horna, comunicó al Gerente General de la empresa PROMAS SRL., que la Unidad de Investigación, Conservación y Puesta en Valor, remitió el Informe N° 028-2013-UICPV-PECACH/MC de 16 de enero de 2013, que determina ciertas observaciones al servicio prestado, solicitando su subsanación.

El Informe mencionado, recomienda NO RECEPCIONAR EL SERVICIO, hasta la subsanación de todas las observaciones, adjuntando para tal fin el Informe N° 006-2013-SP-DCPV-PECACH-VMPCIC/MC de 9 de enero 2013 emitido por la Supervisora (e) de Planta, Ingeniera Nery Tatiana Chávez Roncal, quien concluye; *"no se ha cumplido con las metas fijadas en consecuencia no se*

puede dar la conformidad al servicio", dicha conclusión la sustenta de la verificación efectuada en campo de las actividades del servicio de mantenimiento de cerco vivo, las cuales están referidas a: resiembra, limpieza de espacios, deshierbo, limpieza de hoyos y eliminación de residuos, podas, riego, fumigación y lavado de plantaciones y fertilización; exponiendo por cada sector intervenido, las deficiencias en la ejecución del servicio de mantenimiento del Cerco vivo, la que se sustenta con vistas fotográficas; y recomienda la contratación de un especialista (Ingeniero Agrónomo), para que emita una opinión técnica sobre la ejecución del servicio.

Con fecha 10 de mayo la Oficina de Asesoría Jurídica mediante Informe N°035-2013-OAJ-PECACH-VMPCIC/MC ante una nueva solicitud de pago de la empresa, concluye que mientras exista un documento interno donde se da cuenta de observaciones al servicio prestado si haber sido levantadas no es posible proceder al pago y recomienda implementar la recomendación de la Supervisora de Planta orientada a la contratación de un especialista que emita opinión precisando las obligaciones contraídas por la empresa PROMAS y lo realmente trabajado.

Mediante documento de 31 de mayo de 2013, la CONTRATISTA, informa que, mediante Carta C131 0-12P.SRL y Carta C1311-12P.SRL, ambas del 26 de noviembre de 2012, puso en conocimiento la culminación del servicio de materia del contrato y precisa que el 28 de diciembre comunicó la entrega del servicio; seguidamente menciona que las observaciones comunicadas relacionadas a la ausencia de plantaciones, falta de riego, falta de poda, deshierbo, limpieza de hoyos y eliminación de residuos, se dieron como consecuencia del periodo transcurrido desde la culminación del servicio de mantenimiento a la fecha de verificación en campo (mes y medio), detallando factores externos que inciden en la destrucción del cerco, como el vandalismo, arrojo de basura, desmonte y creación de accesos peatonales en diversos puntos.

La ENTIDA señala que con dicha respuesta, se pretende justificar las deficiencias e incumplimientos advertidos de la prestación del servicio; sin

embargo, debe tenerse en cuenta que el servicio de mantenimiento se realizó durante un año (Diciembre 2011 - Noviembre 2012), no podrían haberse deteriorado o destruido en un mes y medio.

El 19 de abril de 2013 mediante acta celebradas entre servidores del Proyecto Especial y la CONTRATISTA, se comprometen de una parte a pagar el saldo adeudado y, de la otra parte, a levantar las observaciones planteadas y comunicadas en enero de 2013 previo al pago. La empresa no cumplió con levantar las observaciones solo se limitó a remitir sus informes con los que había solicitado la conformidad en los meses anteriores.

Respecto al pago pendiente, la Unidad Ejecutora y el representante legal de la CONTRATISTA, suscriben el Acta de Acuerdo de 19 de abril de 2013, estableciendo lo siguiente:

1. *Tramitar el pago de tres primeras facturas del servicio con cargo al presupuesto 2013.*
2. *Gestionar para el presupuesto 2014 los recursos que permitan cumplir las obligaciones pendientes.*
3. Contestar el documento de observaciones planteadas al término del servicio como condición previa al pago de las obligaciones pendiente.
4. Renuncian al cobro de intereses de las obligaciones pendientes desde su fecha de vencimiento.
5. Durante la vigencia del acuerdo, no realizarán acciones orientadas a iniciar un proceso de arbitraje.

En base a este acuerdo, no correspondería el inicio del presente arbitraje por cuanto nunca se cumplió con levantar las observaciones.

La ENTIDAD señala que se han verificado las deficiencias del servicio, por un ing. Agrónomo, emitiéndose la Orden de Servicio N° 13-01946 de 2 de setiembre de 2013, a favor del Ingeniero Agrónomo Miguel Andrés Carranza Ibañez, "para elaborar el informe técnico sobre trabajos realizados por la empresa PROMAS

SRL., y trabajos que no se han concluido en el plan de mantenimiento del cerco vivo del Complejo Arqueológico de Chan Chan".

Mediante Carta N° 015-2013-MACI-T de 21 de octubre de 2013, el ingeniero Miguel Andrés Carranza Ibáñez, presenta el informe técnico, de la evaluación del cerco vivo del Complejo Arqueológico de Chan Chan, concluyendo lo siguiente:

*1. La evaluación técnica del plan de mantenimiento del cerco vivo del Complejo Arqueológico Chan Chan; analizando sus dos fases de ejecución Establecimiento año 2008 y Repoblamiento año 2012; se concluye que el estado actual del cerco vivo es deficiente, en permanente deterioro. El cerco vivo del Complejo Arqueológico Chan Chan a la fecha tiene las siguientes distancias: Sector Museo, 100 metros lineales; Sector Huaca del Higo, 983 metros lineales; Sector Ramón Castilla, 1,125 metros lineales; Sector Valdivia, 2,500 metros lineales; Sector Víctor Raúl 800 metros lineales; Sector Canal Mochica 0 metros; Sector Alto, Huanchaquito 0 metros; sector Huanchaquito Bajo lineales, lo que hace un **total de 5,508 metros lineales**.*

2. El índice de Mortandad de plantines es del 82 %. Se resembraron 22,479, y se perdieron 18,504

3. Las labores culturales del Cercro Vivo como fertilización, podas, riegos, controles fitosanitarios fueron deficientes por las siguientes consideraciones:

- En la fertilización no se tiene ningún análisis de suelo que es fundamental para conocer la fertilidad inicial del suelo; ni en el Establecimiento (2008) y Mantenimiento (2012); esto se puede observar en el sector Huanchaquito donde se instaló el Cercro Vivo en el 2008 y 2012 y todas las plantas murieron por la Salinidad.

- La poda como una tecnología de proceso tiene su época (otoño e invierno) y la frondosidad de las copas encontradas en plantas (2008) no muestra un Cercro Vivo uniforme en los Sectores: Museo, Valdivia, Víctor Raúl, Huaca del Higo y Ramón Castilla.

- Los riegos reportados no tiene un Plan de Riegos ya que el servicio de Mantenimiento del Cerco Vivo se ejecuta en la I Fase 2008 y la II Fase Resiembra 2012, son dos escenarios distintos, son dos respuestas diferentes. Los canales de Riego (...) en la zona mantienen con humedad los Sectores de Víctor Raúl, Huaca del Higo y Ramón Castilla; en los Sectores Canal Mochica y Huanchaquito las plantas se encuentran muertas en su totalidad.

- Los controles fitosanitarios se informa que se ejecutaron sin indicar el producto comercial, la dosis y la frecuencia de aplicación. En las visitas de campo se ha constatado que el Cerco Vivo es hospedero de plagas y enfermedades.

- Las Resiembra de plantines de Huaranguillo se ejecutaron en hoyos cuando lo correcto es en surcos por la salinidad del suelo por tal razón se tiene una mortalidad de plantines del 80. No se informa la procedencia de los plantines de Huaranguillo a resembrar, no se indica su altura y edad para terreno definitivo.

Señala que de las conclusiones arriba por el especialista, se determinó:

- La existencia de un total de 5,508 metros lineales de cerco, distribuidos en los ocho (08) sectores intervenidos, también precisa la inexistencia de plantones en los sectores, Canal Prehispánico La Mochica. Huanchaquito Alto y Huanchaquito Bajo, longitud mucho menor a la establecida en las bases (17 316 metros lineales), que representa la inexistencia de un total de 12,950 plantones de huaranguillo, por el importe de SI. 369 852,00 en los sectores antes señalados; a lo que se debe agregar la cuantificación de las demás deficiencias en la prestación del servicio.

- El índice de mortalidad de los plantones es del 82%, precisando que se resembró la cantidad de 22,479 y se perdieron 18,504 plantones, situación que denota la falta de planificación y estudios previos de los factores y agentes externos que inciden en la mortalidad de los plantones.

- Las actividades desarrolladas por el CONTRATISTA, durante el servicio de mantenimiento del cerco vivo, relacionadas con la fertilización, poda, riegos, controles fitosanitarios y resiembras, no fueron realizadas con la metodología adecuada, por tal razón fueron deficientes, lo cual demuestra que no se lograron las metas y objetivos para que el proyecto sea sostenible; más aún, la falta de planificación, ejecución y deficiente supervisión del servicio no posibilitaron la entrega - recepción de un muro vivo uniforme a lo largo de perímetro del Complejo.

La ENTIDAD señala que en el Informe N° 187-2013-SP-UICPVPECACH-VMPCIC, en base a los afirmado por el consultor contratado, se ha establecido que la CONTRATISTA, "*... no ha cumplido con las exigencias técnicas y tecnológicas en el mantenimiento del Cerco Vivo ...*" concluyendo que, la mencionada empresa no ha levantado las observaciones realizadas en su oportunidad por la Supervisora de Planta (e) mediante Informe N° 006-2013-SP-DCPV-PECACH-VMPCIC/MC, por lo que se ha generado un perjuicio económico.

La ENTIDAD señala, que las bases administrativas de este proceso de selección, establecen que la conformidad la emite además del área usuaria, el órgano de administración y añade que salvo los meses en los que se pagó los demás meses de prestación del servicio el órgano de administración (Oficina de administración) no ha emitido conformidades.

Este hecho se corrobora el punto 06 de su escrito de demanda donde sostiene que puso en conocimiento la conclusión del servicio y la entidad, no otorgaba conformidad. La conformidad es un requisito esencial para el pago en el caso puntual si esta no se ha producido no puede afirmarse que el servicio se prestó de acuerdo a las especificaciones establecidas en las bases. La conformidad es entregada una vez levantada las observaciones; sin embargo, pese a que mediante acta de fecha 19 de abril de 2013, el contratista se comprometió a levantar las observaciones, esto no ocurrió.

La ENTIDAD señala que el Contrato suscrito y en el Reglamento de la Ley, no se establecen fechas para la recepción final de los servicios cuando han sido brindados en forma periódica, esto porque el servicio se prestó en cada mes y se debería emitir una conformidad del servicio conforme a su avance.

Señala que en el presente caso las prestaciones también involucraban brindar bienes tangibles, un determinado número de plantas luego de una siembra y resiembra y que después de un periodo de tiempo deberían tener determinada altura, que a decir del Informe de la Supervisora de Planta (e) en algunas zonas estas no existen. Siendo ello así, aun cuando se tenga informes de conformidad mensual, mientras exista un documento del área usuaria donde se realizan observaciones sin precisar a qué periodo o mes corresponden, mal haría la Entidad en proceder a pagar sin antes cuantificar el monto de las prestaciones no ejecutadas y más aún si no existe presupuesto específico para el servicio.

El 9 de enero de 2013 mediante Informe N°006-2013-SP-DCPV-PECACH-VMPCIC/MC, se concluyó que no es posible otorgar la conformidad ni la recepción.

La ENTIDAD señala que respecto a la Recepción del servicio, el artículo 176º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, prescribe que en el acta debe consignarse las observaciones dando un plazo máximo de 10 días para subsanarlas; hecho que en el presente caso no se ha cumplido. Asimismo, si el servicio no cumple con las características y condiciones ofrecidas, la Entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse no ejecutada la prestación y se le aplicará las penalidades que correspondan. En el presente caso según el informe de la Supervisora de Planta no se ha cumplido con todas las prestaciones.

Con fecha 10 de mayo la Oficina de Asesoría Jurídica mediante Informe N°035-2013-OAJ-PECACH-VMPCIC/MC ante una nueva solicitud de pago de la empresa, concluye que mientras exista un documento interno donde se da cuenta de observaciones al servicio prestado si haber sido levantadas no es posible proceder al pago y recomienda implementar la recomendación de la

Supervisora de Planta orientada a la contratación de un especialista que emita opinión precisando las obligaciones contraídas por la empresa PROMAS y lo realmente trabajado.

La errada posición de la empresa actualmente es que, dado que se trata de un servicio por el cual se ha emitido conformidades mensuales no tiene sentido no recepcionar el servicio y supeditarlo a la emisión de una conformidad por el periodo total del servicio prestado; esta posición es completamente errada, dado que tal y como se manifestó en el informe final realizado por el especialista consultor, no se cumplió con el trabajo encomendado debido a las deficiencias cometidas.

Señala la ENTIDAD que el artículo 176º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EE Y sus modificatorias, establece que de existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendarios. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliese a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan;

De la revisión de los antecedentes se puede apreciar que en el presente caso se ha cumplido con el procedimiento de observaciones previsto en el dispositivo citado precedentemente, puesto que el 9 de enero de 2013 mediante Informe N°006-2013-SP-DCPV-PECACH-VMPCIC/MC la Supervisora de Planta (e) del Proyecto Especial como parte del Comité realizó varias observaciones concluyendo que no es posible otorgar la conformidad ni la recepción.

~~En base a este acuerdo, no correspondería el inicio del presente arbitraje por cuanto nunca se cumplió con levantar las observaciones.~~

RECONVENCIÓN PRESENTADA POR LA ENTIDAD.

La ENTIDAD presenta reconvención señalando las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSIÓN: De conformidad con lo establecido en artículo 165º del Reglamento de Contrataciones con el Estado, solicita se establezca la penalidad por mora en la ejecución de la prestación por parte del contratista PRODUCTOS Y SERVICIOS DE MANTENIMIENTO Y SEGURIDAD INDUSTRIAL SRL - PROMAS SRL; estableciéndose El monto máximo de penalidad es de: S/. 160,895.60.

SEGUNDA PRETENSIÓN: Se establezca la resolución del CONTRATO DE SERVICIO DE MANTENIMIENTO DE CERCO VIVO EN EL COMPREJO ARQUEOLOGICO CHAN CHAN, derivado de CONCURSO PUBLICO N° 001-2011-CHAN CHAN, por causas atribuibles al contratista PRODUCTOS y SERVICIOS DE MANTENIMIENTO Y SEGURIDAD INDUSTRIAL SRL - PROMAS SRL, por incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias, pese a haberse exigido y haberse comprometido, así como acumular el máximo de penalidad por mora.

TERCERA PRETENSIÓN: De conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado 10, solicitamos la Indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al Ministerio de Cultura por parte del contratista PRODUCTOS Y SERVICIOS DE MANTENIMIENTO Y SEGURIDAD INDUSTRIAL SRL - PROMAS SRL, cuyo monto es de S/. 369 852,00 (TRESCIENTOS SESENTINUEVE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTIDÓS NUEVOS SOLES).

CUARTA PRETENSIÓN: Que el contratista, devuelva al Ministerio de Cultura la suma de S/. 209,410.40 (DOSCIENTOS NUEVE MIL CUATROCIENTOS DIEZ CON 40/100 NUEVOS SOLES), con cargo a lo cancelado, por la inejecución de las prestaciones establecidas en el contrato.

QUINTA PRETENSIÓN: Que el Tribunal Arbitral disponga que el contratista PRODUCTOS Y SERVICIOS DE MANTENIMIENTO Y SEGURIDAD INDUSTRIAL SRL - PROMAS SRL, asuma los gastos administrativos, costos y costas que se deriven del presente proceso.

PENALIDAD POR MORA: El artículo 165º del Reglamento, establece que en caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta. La penalidad se calcula según la fórmula que establece en el contrato.

Según el cálculo realizado por el personal técnico de la Unidad de Abastecimiento del Proyecto Especial Complejo Arqueológico de Chan Chan, desde la comunicación de las observaciones mediante la carta notarial de enero del 2013, ha transcurrido un periodo de tiempo que excede el 10 del monto máximo de penalidad a aplicar; en consecuencia, el monto máximo de penalidad es de: S/. 160,895.60.

RESOLUCIÓN CONTRACTUAL: Solicitan que se establezca la resolución del CONTRATO, por causas atribuibles al CONTRATISTA, por incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias, pese a haberse exigido y haberse comprometido, así como acumular el máximo de penalidad por mora; ello de conformidad con lo establecido en los artículos 167º y 168º del Reglamento.

Para demostrar que se debe resolver el contrato a favor de la institución, se debe traer a colación los hechos referidos en nuestra contestación de demanda; entre otros por ejemplo, que una vez concluido el último mes de vigencia del contrato la empresa PROMAS SRL remite la Carta Co1311- 12/P.SRL de fecha 26 de

noviembre de 2012, dando cuenta de la culminación del servicio y solicitando su recepción.

Se acredita que el CONTRATISTA incurrió en el máximo de penalidad por mora, debido a que inejecutando sus obligaciones, nunca levantó las observaciones establecidas, lo cual es causal de resolución contractual por incumplimiento; asimismo, no habiendo levantado las observaciones establecidas, ha incumplido con las obligaciones contractuales a su cargo.

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS. Solicitan la indemnización por daños y perjuicios, cuyo monto ascendería a la suma de S/. 369 852,00 (TRESCIENTOS SESENTINUEVE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTIDÓS NUEVOS SOLES).

Los efectos de una resolución contractual por culpa del contratista, acarrea responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados; en este sentido y con la finalidad de establecer el nexo causal y el valor de atribución del daño ocasionado, señalan que el incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales, legales y reglamentarios por parte del contratista acarrea responsabilidad por parte de éste, al negarse a levantar las observaciones establecidas por la entidad; con esto establecen la premisa del nexo causal entre el hecho y el daño ocasionado. El valor de atribución correspondiente al daño ocasionado debe ser establecido por quien lo propone con la finalidad de establecer un monto fijo por los daños ocasionados a la institución; en este sentido, amparan dicha pretensión con el informe técnico presentado como anexo 28, con lo que se acredita el monto solicitado.

DEVOLUCIÓN DE SUMA DE DINERO: Solicitan que el CONTRATISTA, devuelva a la ENTIDAD la suma de S/. 209,410.40 (DOSCIENTOS NUEVE MIL CUATROCIENTOS DIEZ CON 40/100 otorgó un adelanto con garantía de CARTA FIANZA, por la suma de S/. 468,000.00 (Cuatrocientos Sesenta y Ocho Mil con 00/100 Nuevos Soles), equivalente al 30% del monto del contrato. Existe saldo a favor de la Unidad Ejecutora 006 con cargo al monto cancelado de S/. 955,489.22, resultado de la forma proporcional que se le estuvo

pagando al Contratista y el monto real valorizado, que se le debió pagar S/.. 746,078.82 Nuevos Soles, por no existir expediente técnico ni un Análisis de Costos Unitarios que es parte integrante del Contrato Original, como consta en la Cláusula Cuarta: Forma de Pago, se adjunta la información siguiente, en donde se observa que el Contratista debe devolver la suma de S/. 209,410.40, con cargo a lo cancelado.

La cuantificación ha sido emitida en base al Informe N° 001-2014-CONSULTOR elaborado por el Dr. Miguel Carranza Ibañez, sobre cuantificación pecuniaria correspondiente a la Obra "Mejoramiento del Cercado Vivo del Complejo Arqueológico Chan Chan", que ha sido presentado con la reconvenCIÓN.

ABSOLUCION DE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD.

La CONTRATISTA señala que en atención a lo establecido por su parte como pretensiÓN, es de aplicación lo establecido en el Artículo 176 del Reglamento, que establece que la solicitud de conciliación y/o arbitraje debe realizarse dentro de los 15 días hábiles de ocurrida la recepción, la negativa o del vencimiento del plazo para otorgarla.

Señalan que el proceso de selección que corresponde al CONTRATO materia del proceso arbitral, fue convocado el 14 de octubre de 2011, cuando se encontraba en vigencia el Decreto Legislativo 1017 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, sin modificaciones.

El CONTRATISTA señala que el plazo de caducidad establecido, lo fija el reglamento, modificado a través del Decreto Supremo N° 138-2012-EF del 6 de agosto de 2012 y cuya vigencia recién fue obligatoria a partir del 20 de setiembre de 2012, por lo que en aplicación del principio de irretroactividad, no es de aplicación al proceso, pues recién fue de aplicación obligatorio a partir del 20 de setiembre de 2012.

El CONTRATISTA sustenta su posición en lo establecido en lo establecido en el artículo 103º de la Constitución y en lo establecido en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, que recoge la teoría de los hechos cumplidos.

Asimismo, señala lo establecido en el comunicado N° 005-2012-OSCE/PRE, que establece que los procesos de selección que se convoquen a partir del 30 de setiembre de 2012, deben sujetarse a las modificaciones establecidas en la Ley de Contrataciones y al Reglamento, aprobado por la Ley 29873 y el Decreto Supremo N ° 138-2012-EF respectivamente.

En la norma señalada y aplicable al proceso, no se establece plazo prescriptorio para iniciar o solicitar el arbitraje. En el artículo 52º de la Ley, no se hace referencia a los casos de recepción y/o conformidad, ni se ha establecido plazo para ello, no siendo de aplicación la caducidad, ya que dicha institución debe ser aplicada de forma restrictiva.

ABSOLUCION DE LA RECONVENCION.

La CONTRATISTA, absuelve la reconvención, señalando lo siguiente:

En relación a la **primera pretensión: Se establezca la penalidad por mora en la ejecución de la prestación por parte de mi representada.** La CONTRATISTA, señala que resulta jurídicamente imposible que el Tribunal Arbitral establezca una penalidad, pues el colegiado, **NO PUEDE DECLARAR UN ACTO ADMINISTRATIVO, NI PUEDE SUSTITUIRSE EN LAS PARTES PARA ESTE EFECTO**, dado que el tribunal resuelve controversias suscitadas en la etapa de ejecución contractual, en el presente caso, la penalidad no ha sido ni declarada, ni invocada durante toda la etapa de ejecución del contrato contractual, sino recientemente con la demanda.

SEGUNDA PRETENSIÓN: Se establezca la resolución de Contrato, por causas atribuible al contratista, por incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales, legales, o reglamentarias, pese a haberse exigido y haberse

comprometido, así como acumular el máximo de penalidad por mora. La CONTRATISTA señala, que conforme al fundamento anterior, resulta jurídicamente imposible, reproduciendo los fundamentos de la Primera Pretensión.

TERCERA PRETENSIÓN: Se solicita indemnización por daños y perjuicios occasionados al Ministerio de Cultura.

Señala que la ENTIDAD, se ha limitado, a indicar y solicitar el reconocimiento de una indemnización, sin embargo, para que haya un daño contractual resarcible no basta que se incumpla la obligación y que el incumplimiento sea imputable al deudor. Es necesario, además, que el incumplimiento produzca un perjuicio. Toda reclamación de daños y perjuicios, aunque se funde en un derecho inobjetable a exigirlos, requiere la prueba de su existencia. Para declarar la responsabilidad no basta comprobar judicialmente la infracción de la obligación; es preciso demostrar la existencia de los daños y perjuicios.

El sólo hecho de no haber levantado las supuestas observaciones, no se ha generado un daño, resulta sin fundamento, máxime, si apoya tal posición en el Informe de fecha octubre del 2013, es decir, un año con diez meses después, donde no puede demostrar y/o corroborar el daño causado.

III.3. DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS.

En la audiencia realizada el 10 de diciembre de 2014, se establecieron los siguientes puntos controvertidos:

En caso que la excepción de caducidad deducida por el Ministerio de Cultura, sea declarada infundada el Tribunal Arbitral se pronunciará sobre los siguientes puntos:

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no se declare el Reconocimiento de la Conformidad Total del servicio brindado

generado a raíz de la suscripción del contrato de servicio de mantenimiento de cerco vivo en el complejo arqueológico Chan Chan, derivado de concurso público N° 001-2011-CHAN CHAN.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no se declare Consentida la Resolución de contrato de servicio de mantenimiento de cerco vivo en el Complejo Arqueológico Chan Chan, derivado de concurso público N° 001-2011-CHAN CHAN, por incumplimiento en sus obligaciones esenciales (Pago), notificada notarialmente con fecha 17 de enero del año 2013.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no se declare Consentida la Liquidación de servicio brindado y notificada notarialmente con fecha 09 de abril del 2013, que asciende a la suma de S/.653,466.78 (SEIS CIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS SESENTISEIS y 78/100 nuevos soles).

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar en caso sea amparada el tercer punto controvertido, si corresponde o no se declare el Reconocimiento y pago por el servicio prestado correspondientes a los meses de mayo 2012 a noviembre del 2012, que asciende a la suma de S/.653,466.78 nuevos soles (SEIS CIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS SESENTISEIS y 78/100 nuevos soles).

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar en caso sea amparada el tercer punto controvertido, si corresponde o no declarar el reconocimiento y pago de los intereses legales generado por la demora en el pago.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no se declare la Ineficacia y/o Nulidad del Acto Administrativo contenido en el Oficio N°. 001-2013-0APECACH-VMPCIC/MC de fecha 18 de Enero del 2013, que contiene la comunicación de observaciones al servicio brindado.

DE LA RECONVENCION

SETIMO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que de conformidad con lo establecido en artículo 165º del Reglamento de Contrataciones con el Estado, se establezca la penalidad por mora en la ejecución de la prestación por parte del contratista PRODUCTOS y SERVICIOS DE MANTENIMIENTO Y SEGURIDAD INDUSTRIAL SRL - PROMAS SRL; en el monto de SI. 160,895.60 nuevos soles.

OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no se establezca la resolución del CONTRATO DE SERVICIO DE MANTENIMIENTO DE CERCO VIVO EN EL COMPREJO ARQUEOLOGICO CHAN CHAN, derivado de CONCURSO PUBLICO W 001-2011- CHAN CHAN, por causas atribuibles al contratista PRODUCTOS y SERVICIOS DE MANTENIMIENTO Y SEGURIDAD INDUSTRIAL SRL - PROMAS SRL, por incumplimiento In justificado de las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias, pese a haberse exigido y haberse comprometido, así como acumular el máximo de penalidad por mora.

NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, se establezca la Indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al Ministerio de Cultura por parte del contratista PRODUCTOS y SERVICIOS DE MANTENIMIENTO Y SEGURIDAD INDUSTRIAL SRL - PROMAS SRL, cuyo monto es de S/. 369,852,00 (TRESCIENTOS SESENTINUEVE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTIDÓS NUEVOS SOLES).

DECIMO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que el contratista PRODUCTOS y SERVICIOS DE MANTENIMIENTO Y SEGURIDAD INDUSTRIAL SRL - PROMAS SRL, devuelva al Ministerio de Cultura la suma de S/. 209,410.40 (DOSCIENTOS NUEVE MIL CUATROCIENTOS DIEZ CON 40/100 NUEVOS SOLES), con cargo a lo cancelado, por la inejecución de las prestaciones establecidas en el contrato.

214

PUNTO CONTROVERTIDO COMUN.

DECIMO PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde establecer la condena de costos y costas del proceso y en su caso a quien corresponde el pago de los mismos.

III. 4. CONCLUSIÓN DE ETAPA PROBATORIA.

Mediante Resolución N° 15, de fecha 18 de febrero 2016, se declaró la conclusión de la etapa probatoria.

III. 5. ALEGATOS

Mediante Resolución N° 15, de fecha 19 de mayo de 2014, se concedió a las partes el plazo de 10 días útiles para presentar sus alegatos por escrito.

III.8. PLAZO PARA LAUDAR

Mediante Resolución N° 18, del 8 de junio de 2016, notificada al CONTRATISTA el 9 de junio de 2016 y a la ENTIDAD el 10 de junio de 2016, se informó a las partes que el laudo sería emitido en el plazo de 30 días hábiles, contados a partir del día siguiente hábil de la notificación de la mencionada resolución, por lo que el plazo vence el 22 de julio de 2016.

Mediante resolución N° 19 se amplió el plazo por 30 días hábiles adicionales, contados a partir del día siguiente del vencimiento original, por lo que plazo vence el 7 de setiembre de 2016.

III.8. COSTOS DEL ARBITRAJE.

Se establece el costo del arbitraje en la suma de S/. 96,000.00 nuevos soles netos por los árbitros y S/. 16,000.00 nuevos soles netos para el secretario del proceso, el secretaria, lo que hace un total S/. 112,000.00 nuevos soles netos.

IV. CONSIDERANDOS

A continuación corresponde emitir el pronunciamiento del Tribunal Arbitral respecto a las pretensiones de las partes, evaluando para el efecto cada uno de los puntos controvertidos fijados en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos.

IV.1. DECLARACIÓN PREVIA

Antes de entrar a evaluar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con la Ley de la materia, (ii) Ninguna de las partes impugnó las disposiciones establecidas en el Acta de Instalación de este Arbitraje; (iii) que la CONTRATISTA presentó su demanda dentro de los plazos establecidos; (iv) que LA ENTIDAD fue debidamente emplazada con las demandas y ejerció plenamente su derecho de defensa, contestando las mismas dentro de los plazos establecido; (vi) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos; y, (vii) que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos legales y acordados con las partes durante el proceso arbitral, establecidos en el Acta de Instalación.

En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno al respecto que afecte la validez del proceso, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, el Tribunal Arbitral emite el Laudo correspondiente conforme a los siguientes términos:

IV. 2. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, en el presente caso la cuestión sometida a arbitraje y que debe resolverse mediante el presente Laudo está determinada en los puntos controvertidos fijados por el Tribunal Arbitral, en base a las pretensiones promovidas por la parte demandante y contestadas por la parte demandada, tanto en la demanda como en la contestación respectivamente, aceptados por las partes conforme consta en dicha Acta.

El Tribunal Arbitral para resolver los puntos controvertidos, podrá modificar el orden de ellos, unirlos o tratarlos por separado, de acuerdo a la finalidad que es la de fijar la verdad material y declararla conforme a los hechos producidos. El Tribunal Arbitral declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por las partes, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o el valor probatorio asignado.

Por todas estas razones, valorando en forma conjunta y razonada todos los medios probatorios; expresando sólo en la presente resolución las valoraciones esenciales y determinantes que la sustentan, corresponde efectuar el análisis de cada uno de los extremos de la controversia y pronunciarse sobre los mismos.

IV.3. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

EXCEPCION DE CADUCIDAD.

La ENTIDAD señala que la solicitud de arbitraje ha sido presentado fuera del plazo establecido en el artículo 176º del Reglamento de la Ley de Contrataciones, que establece que las discrepancias en relación a la recepción y conformidad, así como la negativa a efectuarlas pueden ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de 15 días hábiles de ocurrida la recepción, la negativa o de vencido el plazo para otorgar la conformidad.

Jul

00000170
111

La entidad señala, que en el supuesto de las discrepancias relativas a la recepción y/o conformidad, el plazo que el CONTRATISTA tenía para iniciar la conciliación y/o arbitraje, son 15 días hábiles a partir del 18 de enero de 2013.

Señala adicionalmente la ENTIDAD, que tomando, como base la fecha de la carta notarial, mediante la cual la CONTRATISTA resuelve el contrato, el plazo correría a partir del 17 de enero de 2014.

La ENTIDAD señala que la solicitud de arbitraje, se ha presentado fuera del plazo establecido en el Reglamento, y que el plazo mencionado, es de caducidad.

La ENTIDAD no ha señalado, la fecha de la comunicación del CONTRATISTA solicitando el inicio del proceso arbitral, para efectos de determinar si ésta se realizó dentro del plazo mencionado.

La CONTRATISTA en su absolución, no señala la fecha en que presentó su solicitud de arbitraje, sustentando su defensa en que la norma aplicable al proceso, no establece que el plazo establecido sea de caducidad.

Conforme se estableció en la parte referente a las normas aplicables al proceso, en la cláusula décima sexta del contrato, la norma aplicable en lo no previsto en el contrato, es la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, que corresponde al Decreto Legislativo 1017 y al Reglamento aprobado mediante D.S. 184-2008-EF, las directivas de la OSCE, la normativa especial que sea aplicable y las disposiciones pertinentes del Código Civil.

El Decreto Legislativo 1017 y su Reglamento, entraron en vigencia el 1 de febrero de 2009 y han tenido algunas modificaciones, entre ellas las establecidas por la Ley 29873, que modificó a la Ley y el D.S. 138-2012-EF, que modificó el reglamento, las normas mencionadas entraron en vigencia el 20 de setiembre de 2012.

Conforme a lo establecido en las bases estándar del concurso público N° 001-2011-CHAN CHAN, que obra en el proceso, la convocatoria al mismo se realizó el 14 de octubre de 2011, el otorgamiento de la buena pro se realizó el 17 de noviembre de 2011 y el contrato fue suscrito el 24 de noviembre de 2011.

Conforme a las fechas mencionadas, tenemos que las modificaciones establecidas en la Ley 29873 y el D.S. 138-2012-EF, no son de aplicación al contrato materia del presente proceso, lo que se corrobora con lo establecido en el comunicado N° 005-2012.OSCE/PRE, citado por la CONTRATISTA.

El artículo 215 del Reglamento aprobado mediante D.S. 184-2008-EF, sin las modificaciones establecidas en D.S. 138-2012-EF, señala que “*Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 177, 199, 201, 209, 210 y 211 o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley.*”

El artículo mencionado no hace no incluye dentro de los supuestos señalados, a lo establecido en el artículo 176º del Reglamento aplicable al proceso.

La norma citada, hace referencia a lo establecido en el artículo 52º en la Ley, es decir a lo establecido en el Decreto Legislativo 1017, aplicable al proceso, sin las modificaciones establecidas en la 29873, norma que establece en la parte pertinente lo siguiente:

Artículo 52.- Solución de controversias

Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad, salvo para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, en cuyo caso, el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50 de la presente

norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad.

El arbitraje será de derecho, a ser resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación del presente Decreto Legislativo y su Reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho.

El artículo 176º del Reglamento, sin la modificación establecida en el D.S. 138-2012-EF, establece lo siguiente:

Artículo 176.- Recepción y conformidad

La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la Entidad.

La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias.

Tratándose de órdenes de compra o de servicio, derivadas de Adjudicaciones de Menor Cuantía distintas a las de consultoría y ejecución de obras, la conformidad puede consignarse en dicho documento.

De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliese a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.

Este procedimiento no será aplicable cuando los bienes y/o servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan.

La recepción conforme de la Entidad no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos.

La norma a que señala la ENTIDAD, a efectos de sustentar la excepción de caducidad presentada es la referida al artículo 176º del Reglamento, modificado por el D.S. 138-2012-EF, que no resulta de aplicación al proceso, que señala lo siguiente:

Artículo 176º. La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la Entidad.

La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias.

Tratándose de órdenes de compra o de servicio, derivadas de Adjudicaciones de Menor Cuantía distintas a las de consultoría y ejecución de obras, la conformidad puede consignarse en dicho documento.

De existir observaciones se consignaran en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de estas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliese a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.

Este procedimiento no será aplicable cuando los bienes y/o servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan.

Las discrepancias en relación a la recepción y/o conformidad, así como la negativa de la Entidad de efectuarlas podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de ocurrida la recepción, la negativa o de vencido el plazo para otorgar la conformidad, según corresponda.

La recepción conforme de la Entidad no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos.

El artículo 176º del Reglamento aplicable al proceso, no hace referencia a plazo alguno en relación a las discrepancias sobre la recepción y/o conformidad, a efectos de activar los mecanismos de solución de controversias.

El dispositivo mencionado, con la modificación establecida por el D.S. 138-2012-EF, si bien establece un plazo, no señala de forma expresa que sea un plazo de caducidad.

La caducidad es una institución jurídica que se caracteriza, principalmente, por extinguir un derecho material por la inactividad del titular de dicho derecho, privándosele de aquel, luego de transcurrido el “*plazo fijado por la Ley o la voluntad de los particulares*”.¹

Como hemos señalado, el artículo 52º de la norma aplicable al proceso, establece que la conciliación y/o arbitraje, deben “... **solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato**”, por lo que debe determinarse cuando culmina el contrato, para lo que debemos recurrir a lo establecido en el artículo 42º del Reglamento, que establece:

Artículo 42.- Culminación del contrato. Los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente.

Tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el contratista, según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento, debiendo aquélla pronunciarse en un plazo máximo fijado también en el Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. De no emitirse resolución o acuerdo debidamente fundamentado en el plazo antes señalado, la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales.

El expediente de contratación se cerrará con la culminación del contrato.

¹ PEÑA ACEVEDO, Juan. *Plazos de caducidad para solicitar el arbitraje administrativo en las contrataciones estatales del Perú*. En: Panorama Actual del Arbitraje, Biblioteca de arbitraje del estudio Mario Castillo Freyre vol. 13, Lima: Editorial Palestra, 2010, pág. 100.

La presente controversia, se encuentra relacionada a que se reconozca la conformidad del servicio por parte de la ENTIDAD, se declare consentida la resolución de contrato solicitado por la CONTRATISTA y se declare la liquidación del servicio brindada por la CONTRATISTA, por lo que se puede determinar que el contrato no ha culminado.

En consecuencia, el colegiado conforme a los argumentos expuestos, considera que la excepción de caducidad deviene en infundada.

Habiendo el colegiado, declarado infundada la excepción de caducidad presentada por la ENTIDAD, corresponde que se pronuncie sobre los puntos controvertidos establecidos.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no se declare el Reconocimiento de la Conformidad Total del servicio brindado generado a raíz de la suscripción del contrato de servicio de mantenimiento de cerco vivo en el complejo arqueológico Chan Chan, derivado de concurso público N° 001-2011-CHAN CHAN.

La CONTRATISTA solicita que se le otorgue la conformidad del servicio, en atención que considera que ha cumplido con sus prestaciones.

La conformidad de la prestación o del servicio, tiene por finalidad sustentar, acreditar y justificar el cumplimiento de las obligaciones contractuales del contratista, a efectos de proceder con el pago y la conclusión del contrato.

La ENTIDAD ha señalado que de "... acuerdo a las Bases elaboradas para el proceso de selección (página 21 de las bases); la conformidad tiene como requisito esencial su emisión por parte del área usuaria y el órgano de administración (Oficina de Administración), éste último, salvo en los meses en lo que pagó el servicio, no ha emitido conformidades. Hecho que ha sido admitido por el contratista mediante su escrito de demanda, al sostener que

puso de conocimiento la conclusión del servicio y la entidad no otorgaba conformidad".

La CONTRATISTA ha señalado que su prestación establecida en el CONTRATO, se debía pagar en 12 periodos, de los cuales están pendientes los seis últimos, que van desde el mes de mayo a noviembre de 2012.

La primera conclusión que el colegiado establece, en relación a lo señalado por las partes, es que sobre el pago de los 6 primeros periodos, la ENTIDAD ha estado conforme con los servicios, razón por la cual aprobó el pago, no existiendo controversia en relación a los mencionados periodos.

La cláusula segunda del contrato, señala que el objeto del contrato es darle mantenimiento al cerco perimétrico vivo de la zona intangible del Complejo Arqueológico Chan Chan. De acuerdo al CONTRATO, las "... *condiciones en las que el CONTRATISTA, brindará el servicio contratado, se encuentran especificadas en las bases del respectivo proceso de selección y en las propuestas técnicas y económicas ofertadas.*"

Conforme a lo señalado, el contrato está integrado por las Bases Integradas del proceso de selección, las mismas que recogen los términos de referencia de los servicios definidos por el área usuaria, con aquellas precisiones o modificaciones que hubieran podido surgir como consecuencia de las consultas u observaciones formuladas por los participantes.

Mediante escrito presentado el 2 setiembre de 2015, la ENTIDAD señala que las bases integradas, corresponden a las bases estándar del proceso, que fueron adjuntadas por dicha parte.

El contrato establece como plazo de ejecución de la prestación el 25 de noviembre de 2011 hasta el 24 de noviembre de 2012, y se señala como forma de pago, que ésta será de forma mensual, el cual será efectiva en el plazo de 10 días luego de la recepción formal y completa de la documentación

correspondiente, según lo establecido en el artículo 181º del Reglamento y el responsable de dar la conformidad, debe hacerlo en el plazo que no excederá de los 10 días de ser estos recibidos.

De acuerdo a lo establecido en el CONTRATO, cláusula décima, el otorgamiento de la conformidad del servicio, se regula por lo establecido en el artículo 176º del Reglamento, que como hemos señalado corresponde al establecido en el dispositivo mencionado, sin las modificaciones establecidas en el D.S. 138-2012-Ef, implica lo siguiente:

- La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la Entidad.
- La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias.
- De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliese a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.
- Este procedimiento no será aplicable cuando los bienes y/o servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan.

La recepción conforme de la Entidad no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos.

En la cláusula cuarta del CONTRATO, se hace referencia a la forma de pago, haciéndose referencia a lo establecido en el artículo 181º del Reglamento, que establece que el “... *el responsable de otorgar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos...*”, con lo que queda claramente establecida que el pronunciarse sobre la conformidad de la recepción sobre bienes o servicios, constituye un obligación por parte de la ENTIDAD y no una facultad, pues del oportuno pronunciamiento, depende el pago de la contraprestación que le corresponde al CONTRATISTA.

En el oficio 001-2013-OA-PECACH-VMPCIC/MC, del 18 de enero de 2013, entrega en dicha fecha mediante conducto notarial, la ENTIDAD, reconocen haber recibido las cartas en relación al servicio brindado y la carta de resolución de contrato. Sin embargo señalan que el informe 028-2013-UICPV-PECACH/MC, recomienda no recibir el servicio hasta que se subsanen las observaciones que en el mencionado documento se señalan. El documento que aparece ajunto al oficio, señalado es el Informe Nº 006-2013.S-PDCPV-PECACH-VMPCIC/MC de la Ing. Nery Chávez Roncal, supervisora (e) de planta, de fecha 9 de enero de 2013, establece observaciones y señala que no se da conformidad al servicio. Las observaciones generales que se señalan, establece “no se ha cumplido con las metas trazadas, por consecuencia no se puede dar conformidad al servicio.” Señala el informe, que se requiere la contratación de un ingeniero agrónomo, ajeno a la unidad, para dar una opinión final de lo que se verificó en la visita actual.

De acuerdo a lo señalado en el informe de la Ing. Chávez Roncal, la inspección realizada por ella, se realizó el 9 de enero de 2013 y fue remitido a la ENTIDAD el 17 de enero de 2013.

La CONTRATISTA ha acreditado haber presentado los informes mensuales, por los servicios prestados, que van desde el informe de inicio de actividades y situación actual del cero, del 26 de noviembre de 2016, el primer avance de

actividades realizado el 28 de diciembre de 2011 y el correspondiente al periodo 12, realizado mediante carta recibida el 3 de diciembre de 2012.

Conforme al artículo 181º del Reglamento, la ENTIDAD mediante el funcionario responsable, debe pronunciarse dentro de los 10 días desde la fecha de su presentación, debiendo dentro de este plazo señalar las observaciones correspondientes. Los periodos que están pendientes de pago y que son materia de controversia, corresponden del sexto al décimo segundo periodo, el sexto informe fue presentado el 8 de junio de 2012, el séptimo el 20 de julio de 2012, el octavo el 10 de agosto de 2012, el noveno el 10 de setiembre de 2012, el décimo el 31 de octubre de 2012, el décimo primero el 28 de noviembre de 2012, y el décimo segundo el 3 de diciembre de 2012.

En relación a los informes por los periodos del sexto al décimo primero, los 10 días establecidos en el artículo 181º del Reglamento, han vencido en exceso, en el caso del informe por el décimo segundo periodo, venció el 17 de diciembre de 2012, considerando como días hábiles.

En conclusión, la ENTIDAD no se pronunció en forma oportuna en relación a los informes presentados por la CONTRATISTA.

¿Cuáles son las consecuencias de la falta de pronunciamiento por parte de la entidad? La opinión de la OSCE Nº 049-2011/DTN, del 5 de mayo de 2011, establece como conclusiones las siguientes:

3.1. La normativa sobre contratación pública ha dispuesto que el plazo máximo que tiene la Entidad para emitir la conformidad en la recepción de los bienes y servicios sea de diez (10) días calendario, luego de ser recibidos.

3.2. A efectos de dar la conformidad de la recepción de los bienes y servicios, la Entidad no podría excederse del plazo

señalado en la normativa sobre contratación pública y/o realizarlo de manera extemporánea.

3.3. El plazo al que se refiere el artículo 181º del Reglamento se refiere al plazo que tiene la Entidad para emitir la conformidad en la recepción de bienes y/o servicios, mas no al plazo para que aquella realice el pago. El plazo que tiene la Entidad para realizar el pago a favor del contratista deberá indicarse en las Bases o en el contrato, el que se contará a partir del otorgamiento de la conformidad en la recepción.

De igual manera, la opinión Nº 090-2014/DTN, del 6 de noviembre de 2014, señala en relación a la recepción de los bienes y/o servicios, lo siguiente:

“De esta manera, en los contratos de bienes y servicios, a diferencia de las contrataciones de ejecución o consultoría de obras, la normativa de contrataciones del Estado, no ha previsto una aprobación automática, en caso la Entidad no cumpla con pronunciarse dentro del plazo previsto para ello.

En dicho sentido, la conformidad de los bienes o servicios no puede entenderse aprobada por defecto, debiendo existir un pronunciamiento por parte de la Entidad, el mismo que de conformidad al artículo 181 del Reglamento, debe cumplir con efectuarse dentro del plazo de diez (10) días calendario, a partir de la recepción de estos.

Por su parte, debe agregarse, que si el órgano de administración o aquel establecido en las Bases no otorgara la conformidad de la prestación al contratista o lo hiciera fuera del plazo máximo previsto, la consecuencia sería el

incumplimiento de la normativa de contrataciones del Estado, correspondiendo al Titular de la Entidad ordenar la determinación de responsabilidades, de conformidad con el primer párrafo del artículo 46 de la Ley."

Conforme a los criterios establecidos, se ha establecido que las normas que regulan la contratación pública, no establece que en caso que la ENTIDAD no se pronuncie en relación a la conformidad de los servicios, se considere automáticamente aprobada la misma, el colegiado considere que ésta debe ser realizada dentro de un plazo que resulte razonable.

El CONTRATO suscrito entre las partes, estableció que la CONTRATISTA, debía presentar informes mensuales de avance del servicio, a efectos que se le pagará por los mismos.

En el caso de los primeros seis periodos, que fueron pagados, se ha acreditado que los mismos han sido pagados con mucho retraso, lo que nos lleva a establecer que en dichos caso, la ENTIDAD no se pronunció dentro de los plazos establecidos.

En el caso de los periodos sexto al décimo segundo, que son materia de la controversia, como se puede acreditar de la documentación presentada, la ENTIDAD no ha cumplido con pronunciarse en relación a los informes de avance presentado por el CONTRATISTA por los periodos mencionado, verificándose del informe 001-2013-OA-PECACH-VMPCIC/MC, del 18 de enero de 2013, que el mismo no se pronuncia en relación a los informes presentados, es decir no verifica los avances de los periodos que corresponden, pues de trata de un informe general, que reflejaría la situación presente en la fecha de la realización del mismo, que como hemos señalado, corresponde al 9 de enero de 2013, por lo que no puede verificarse que el CONTRATISTA no haya cumplido con lo señalado en los informes presentados, siendo ésta situación imputable a la ENTIDAD.

En consecuencia, conforme a lo acreditado el colegiado considera, que debido a la falta de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones de la ENTIDAD, al no haberse pronunciado oportunamente sobre las informes de avance del servicio, en consecuencia el colegiado, considera que la pretensión de la CONTRATISTA, debe ser amparada en consecuencia corresponde que se declare el Reconocimiento de la Conformidad Total del servicio brindado.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no se declare Consentida la Resolución de contrato de servicio de mantenimiento de cerco vivo en el Complejo Arqueológico Chan Chan, derivado de concurso público N° 001-2011-CHAN CHAN, por incumplimiento en sus obligaciones esenciales (Pago), notificada notarialmente con fecha 17 de enero del año 2013.

La CONTRATISTA, solicita que se declare el consentimiento de la resolución del contrato, realizado por su parte mediante comunicación realizada el 17 de enero de 2013, por incumplimiento de las obligaciones esenciales de la ENTIDAD, en este caso el pago.

El literal c) del artículo 40 de la Ley establece que en caso de incumplimiento del contratista de alguna de sus obligaciones, la Entidad puede resolver el contrato de forma total o parcial, correspondiéndole el mismo derecho al contratista ante el incumplimiento por parte de la Entidad de sus obligaciones esenciales.

El CONTRATO hace referencia a los artículos 167º y 168º del Reglamento, estando el procedimiento para resolver el contrato, establecido en el artículo 169º del Reglamento.

El artículo 168 del Reglamento señala que *“El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la*

Ley, en los casos que la Entidad incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato.”

Como puede verse, el dispositivo señalado establece que la CONTRATISTA podrá resolver el contrato cuando la entidad, no cumpla con sus obligaciones esenciales, debiéndose considerar como tales, las que son indispensables, indispensable para alcanzar la finalidad del contrato.

El colegiado puede verificar, que en el CONTRATO, entre otras, se aprecia dos obligaciones que la ENTIDAD no habría cumplido, que es la pronunciarse expresamente sobre los informes de avances mensuales, a efectos de aprobar el servicio y proceder al pago de los mismos.

Se ha establecido, que la ENTIDAD no cumplió dentro de los plazos con pronunciarse sobre los seis informes mensuales presentados por la CONTRATISTA, por lo que ha incumplido con sus obligaciones.

Mediante Carta COO32-13/P.SRL del 7 de enero de 2013, notificada por vía notarial el 8 de enero de 2013, la CONTRATISTA, solicita a la ENTIDAD subsanar el incumplimiento del pago respecto de los periodos 6 al 12, en un plazo máximo de 5 días hábiles, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

La CONTRATISTA ha cumplido con señalar la causal en que sustenta su resolución, ha señalado el plazo que corresponde, se ha realizado por conducto notarial y se ha señalado expresamente el apercibimiento de resolver el contrato en caso de incumplimiento, conforme a lo establecido en el artículo 169º del Reglamento.

Conforme al plazo establecido, la ENTIDAD tenía como plazo para pronunciarse hasta el 15 de enero de 2013. Con fecha 17 de enero de 2013, mediante carta notarial CO179-13/P.SRL, la CONTRATISTA procede a resolver el contrato.

El tercer párrafo del Artículo 170 del Reglamento aplicable, al proceso, *“Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida.”*

En el presente caso, la ENTIDAD no ha acreditado haber solicitado el inicio del proceso arbitral, a efectos de resolver la controversia suscitada en relación a la resolución de contrato interpuesta por la CONTRATISTA, por lo que de acuerdo a lo establecido en artículo 170º del Reglamento, la misma ha quedado consentida.

La ENTIDAD ha señalado, que el CONTRATISTA ha renunciado de forma tácita a la resolución de contrato, por lo que el contrato estaría vigente.

De acuerdo a lo señalado en el acta mencionada, i) la ENTIDAD acordó tramitar el pago de las tres primeras facturas con cargo al presupuesto del 2013 y gestionar en el presupuesto del 2014, las obligaciones restantes; ii) la CONTRATISTA se comprometió a contestar el documento de las observaciones, previo al pago; iii) la CONTRATISTA renuncia al cobro de intereses y iv) durante la vigencia del acuerdo, no se realizarían acciones tendientes a iniciar un proceso de arbitraje.

El acta no establece un plazo, por lo que estaría supeditado al cumplimiento de los acuerdo, esto es que la contestación por parte de la CONTRATISTA de la carta de observaciones a la ENTIDAD.

Es importante señalar, que a criterio del colegiado, la CONTRATISTA cumplió con lo acordado al pronunciarse sobre las observaciones, pues no se comprometió a levantarlas, toda vez que considera que las mismas no corresponden.

El colegiado considera que lo señalado en el acuerdo no constituye una renuncia por parte de la CONTRATISTA a que se declare el consentimiento de la resolución de contrato.

En consecuencia la pretensión de la CONTRATISTA resulta amparable.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no se declare Consentida la Liquidación de servicio brindado y notificada notarialmente con fecha 09 de abril del 2013, que asciende a la suma de (S/.653,466.78)SEIS CIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS SESENTISEIS y 78/100 nuevos soles.

La CONTRATISTA señala que por conducto notarial, con fecha 9 de abril de 2013, presentó a la ENTIDAD la liquidación del contrato, donde se establece un saldo a su favor de S/. 653,466.78 soles.

La ENTIDAD en su escrito de contestación de demanda y reconvención conviene que la liquidación de servicio brindado fue notificada notarialmente con fecha 09 de abril del 2013, pero alega que no se puede declarar consentida por cuanto dicho servicio no sólo fue efectuado de manera deficiente, sino que, además, no se levantaron las deficiencias observadas causando perjuicio a la entidad.

Sin embargo, este Colegiado deja constancia que durante la tramitación de este proceso arbitral la ENTIDAD no ha acreditado haber observado en su oportunidad dicha liquidación, es decir luego de que le fuera notificada notarialmente, y es más, tampoco ha desconocido, cuestionado o impugnado que dicha liquidación haya quedado consentida, habiéndose limitado a decir que textualmente que *“no se puede declarar consentida por cuanto dicho servicio no sólo fue efectuado de manera deficiente, sino que además, no se levantaron las deficiencias observadas causando perjuicio a la entidad”*

Siendo así, este Colegiado ha quedado convencido que no existe controversia respecto al consentimiento de la liquidación de servicio brindado de fecha 09 de abril del 2013, notificada por conducto notarial a la Entidad, donde se establece un saldo a favor del CONTRATISTA por una suma de S/. 653,466.78 soles, pues esa controversia sólo podía haberse dado cuando una de las partes hubiese alega que presentó la liquidación a su cargo en determinada fecha y que, habiendo transcurrido el plazo para observarla, ésta ha quedado consentida porque no ha sido observada por su contraparte, y a su vez la contraparte alega que la notificación de la liquidación no fue realizada en la fecha que se indica sino en una distinta, por lo que no habría quedado consentida la liquidación. Así la controversia sobre el consentimiento de la liquidación sólo podría darse de existir dos posiciones encontradas respecto a la fecha de presentación de la liquidación, en cuyo caso sería necesario que las partes aporten pruebas respecto a fecha alegada por cada una de ellas, para que el Tribunal Arbitral pueda compulsar las mismas y poder de esa manera optar por la posición de una de las partes, y determinar si la liquidación ha quedado o no consentida, situación que no se ha dado en este proceso.

Según la Teoría de la Prueba, son objeto de prueba los hechos. Pero no todos los hechos deben probarse. Así tenemos los hechos “pacíficos” que no requieren de prueba: o sea los hechos no controvertidos, los que las partes aceptan sin contradicción, y que por dicha virtud deben tenerse por acreditados; y los hechos “notorios” que tampoco necesitan ser probados, pues su existencia es conocida por la generalidad de los individuos de cultura media, en un tiempo y lugar determinado.

En esa línea de pensamiento, encontramos que el consentimiento de la liquidación del servicio brindado de fecha 09 de abril del 2013, notificada por conducto notarial a la ENTIDAD donde se establece un saldo a favor del CONTRATISTA por una suma de S/. 653,466.78, es un hecho pacífico, admitido por las partes, y por lo tanto debe tenerse por acreditado, y resulta amparable esta pretensión del CONTRATISTA.

Adicionalmente, para mayor abundamiento y en referencia a la única alegación de la ENTIDAD que no se puede declarar consentida la liquidación del servicio brindado, por haber sido prestado de manera deficiente, y existir deficiencias observadas que no se han levantado, este Tribunal Arbitral ya se ha pronunciado sobre las mismas en el Primer Punto Controvertido, donde se ha declarado que corresponde declarar el Reconocimiento de la Conformidad Total del servicio brindado.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar en caso sea amparada el tercer punto controvertido, si corresponde o no se declare el Reconocimiento y pago por el servicio prestado correspondientes a los meses de mayo 2012 a noviembre del 2012, que asciende a la suma de *S/.653,466.78* nuevos soles (SEIS CIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS SESENTISEIS y 78/100 nuevos soles).

Habiendo el colegiado declarado que es amparable el tercer punto controvertido, corresponde declarar el reconocimiento y pago de la liquidación presentada por la CONTRATISTA, por el servicio prestado correspondientes a los meses de mayo 2012 a noviembre del 2012, que asciende a la suma de *S/.653,466.78* nuevos soles (SEIS CIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS SESENTISEIS y 78/100 nuevos soles) a favor del CONTRATISTA.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO; Determinar en caso sea amparada el tercer punto controvertido, si corresponde o no declarar el reconocimiento y pago de los intereses legales generado por la demora en el pago.

La CONTRATISTA solicita el pago de intereses por la demora en el pago por los servicios prestados. Los intereses son de dos tipos: Compensatorios, que se pagan por el uso de un capital ajeno, y moratorios, que se pagan por el perjuicio sufrido por el acreedor debido al retraso en el cumplimiento de la obligación.

La normativa reconoce que los contratistas tienen derecho al pago de intereses moratorios cuando la Entidad se ha retrasado en el pago, incluso si esta posibilidad no ha sido prevista en las Bases o en el contrato.

El artículo 48º de la Ley, establece que en caso de retraso en el pago, se deberá reconocer al contratista los intereses legales correspondientes.

Sin embargo, debemos considerar que la CONTRATISTA mediante acta de acuerdo de fecha 19 de abril de 2013, renunció de forma expresa al cobro de los intereses de las obligaciones pendientes, por lo que no corresponde amparar la pretensión señalada.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no se Declare la Ineficacia y/o Nulidad del Acto Administrativo contenido en el Oficio No. 001-2013-OAPECACH-VMPCIC/MC de fecha 18 de Enero del 2013, que contiene la comunicación de observaciones al servicio brindado.

La CONTRATISTA solicita se declare ineficaz o la nulidad del acto administrativo contenido en el Oficio No. 001-2013-OAPECACH-VMPCIC/MC de fecha 18 de Enero del 2013, que contiene la comunicación de observaciones al servicio brindado.

La ineficacia del acto jurídico "... será la incapacidad de éste para producir sus efectos, bien porque ha sido mal constituido, o bien porque ciertas circunstancias exteriores a él impiden tales efectos".²

² CASTRO Y BRAVO, Federico. Citado por Marcial Rubio Correa. La Invalidez del Acto Jurídico. Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen IX. Página 13.

En atención a la nulidad, "Es nulo el negocio al que le falte un requisito esencial, o bien sea contrario al orden público o a las buenas costumbres o bien infrinja una norma imperativa".³

En el proceso arbitral, la CONTRATISTA no ha acreditado ningún supuesto por el cual el informe emitido por la ENTIDAD sea nulo, no ha señalado cual requisito esencial no ha cumplido.

El colegiado en atención a los fundamentos expuestos al resolver los puntos controvertidos precedentes, considera que el oficio emitido por la ENTIDAD, resulta ineficaz debido a que resulta extemporáneo, por lo que corresponde amparar la pretensión de la CONTRATISTA.

DE LA RECONVENCION

SETIMO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que de conformidad con lo establecido en artículo 165º del Reglamento de Contrataciones con el Estado, se establezca la penalidad por mora en la ejecución de la prestación por parte del contratista PRODUCTOS y SERVICIOS DE MANTENIMIENTO Y SEGURIDAD INDUSTRIAL SRL – PROMAS SRL; en el monto de S/. 160,895.60 nuevos soles.

La penalidad se relaciona con la demora o el retraso en el cumplimiento de la prestación por parte del contratista. De esta manera se configura la denominada penalidad por mora, establecida en la cláusula décima tercera del contrato en concordancia con lo establecido en el artículo 165º del Reglamento.

El Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en su Resolución 640/2001.TC-52 de fecha 28 de diciembre de 2001 ha establecido lo siguiente:

³ STOLFI, Giuseppe. Citado por Marcial Rubio Correa. La Invalides del Acto Jurídico: Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen IX. Página 19.

"se sanciona el incumplimiento injustificado de las obligaciones y no sólo el incumplimiento de las mismas. En ese sentido, debemos precisar que, de conformidad con los artículos 1314º y siguientes del Código Civil, el deudor puede incumplir sus obligaciones en virtud de tres casos:

- A. Por caso fortuito o fuerza mayor, de conformidad con el artículo 1315º.*
- B. Por razones no imputables distintas al caso fortuito y fuerza mayor, conforme a lo dispuesto en el artículo 1316º.*
- C. Por dolo, culpa grave o culpa inexcusable, según lo dispuesto en los artículos 1318º, 1319º y 1320º.*

Así pues, la ausencia de justificación en el incumplimiento de las obligaciones se refiere a los casos en los que el deudor no cumple con las prestaciones a su cargo por razones imputables a él, lo que, en términos simples, significa que no existen motivos que justifique dicho incumplimiento o que lo releven de responsabilidad. En consecuencia, considerando los supuestos establecidos en el Código Civil, para la inejecución de las obligaciones, la injustificación en el cumplimiento se configura en los casos que el incumplimiento se realice por dolo, culpa grave o culpa inexcusable".

Como puede verificarse de lo señalado por la OSCE, el incumplimiento debe ser injustificado, correspondiendo a la ENTIDAD verificar y señalar el incumplimiento, correspondiendo al CONTRATISTA acreditar que el incumplimiento fue justificado, conforme a los criterios antes mencionados.

La ENTIDAD en el sustento de la pretensión sobre penalidades, señala que la forma de cálculo de la misma de acuerdo a lo establecido en el artículo 165º del Reglamento, y que el monto de la suma que pretende se establezca, ha sido señalada por el personal de la Unidad de Abastecimiento del Proyecto Especial Complejo Arqueológico de Chan Chan, en la comunicación notarial de enero de 2013.

La comunicación a que se haría referencia, correspondería al oficio 001-2013-OA-PECAHC-VMPCIC/MC, en el oficio no se hace referencia a un monto o

cálculo de penalidad. La comunicación mencionada, hace referencia al informe Nº 028-2013-UICPV-PECAH/MC, que ha sido presentado como anexo 22 del escrito de contestación de demanda, en dicho documento no se hace referencia a la aplicación de penalidades.

En el informe 006-2013-SP.DCPV-PECACH-VMPCIC/MC, del 9 de enero de 2013, que obra en el anexo 1- H de la demanda, no se encuentra el sustento y la cuantificación de la penalidad que señala la ENTIDAD debe aplicarse.

De igual forma, el informe 001-2014-CONSULTOR, del 16 de agosto de 2014, sobre la cuantificación pecuniaria del contrato, no establece ni sustenta el monto de la penalidad, que señala debe aplicarse a la CONTRATISTA.

Ha quedado acreditado que la ENTIDAD no se ha pronunciado durante la vigencia del contrato en relación a los informes de avances presentados por la CONTRATISTA, por lo que no se puede verificar que dicha parte haya incumplido con sus obligaciones.

Las penalidades que la ENTIDAD pretende se apliquen, estarían referidas a las observaciones realizadas por dicha parte, cuando el plazo contractual ya había concluido, por lo que no resulta pertinente que se pretenda aplicar una penalidad por incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista.

Conforme a los argumentos señalados, el colegiado puede concluir que la ENTIDAD no ha acreditado las penalidades en las que el CONTRATISTA habría incurrido, por lo que no resulta amparable su pretensión.

OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no se establezca la resolución del CONTRATO DE SERVICIO DE MANTENIMIENTO DE CERCO VIVO EN EL COMPREJO ARQUEOLOGICO CHAN CHAN, derivado de CONCURSO PUBLICO W 001-2011- CHAN CHAN, por causas atribuibles al contratista

PRODUCTOS y SERVICIOS DE MANTENIMIENTO Y SEGURIDAD INDUSTRIAL SRL - PROMAS SRL, por incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias, pese a habersele exigido y haberse comprometido, así como acumular el máximo de penalidad por mora.

Como hemos señalado en los fundamentos del segundo punto controvertido, conforme a lo establecido en el literal c) del artículo 40 de la Ley establece que en caso de incumplimiento del contratista de alguna de sus obligaciones, la Entidad puede resolver el contrato de forma total o parcial, correspondiéndole el mismo derecho al contratista ante el incumplimiento por parte de la Entidad de sus obligaciones esenciales.

Para efectos de resolver el contrato, debe cumplirse con el procedimiento establecido en el artículo 169º del Reglamento, que implica que la parte perjudicada deberá requerir a la otra parte "... mediante carta notarial para que satisfaga en un plazo no mayor de 5 días, bajo apercibimiento de resolver el contrato."

La ENTIDAD no ha acreditado haber realizado el procedimiento para resolver el contrato, pues como puede verse de los argumentos señalados en su escrito de reconvenCIÓN, hacen referencia al Informe N° 006-2013-SP-DCPV-PECACH-VMPCIC/MC del 9 de enero de 2013, donde se hace una serie de observaciones al servicio y se recomienda no otorgar la conformidad, pero no constituye un documento por el cual dicha parte haya solicitado la resolución del contrato.

En consecuencia, no resulta amparable la pretensión de la ENTIDAD, formulada en vía de reconvenCIÓN.

NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, se establezca la Indemnización por los

daños y perjuicios ocasionados al Ministerio de Cultura por parte del contratista **PRODUCTOS y SERVICIOS DE MANTENIMIENTO Y SEGURIDAD INDUSTRIAL SRL - PROMAS SRL**, cuyo monto es de **S/. 369,852.00 (TRESCIENTOS SESENTINUEVE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTIDÓS NUEVOS SOLES)**.

El artículo 44º de la Ley, establece que cuando se resuelva el contrato por causa imputable a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

En el presente caso, no se ha demostrado que la ENTIDAD haya acreditado que realizó el procedimiento para resolver el contrato, por lo que su pretensión deviene en improcedente.

DECIMO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que el contratista **PRODUCTOS y SERVICIOS DE MANTENIMIENTO Y SEGURIDAD INDUSTRIAL SRL - PROMAS SRL**, devuelva al Ministerio de Cultura la suma de **S/. 209,410.40 (DOSCIENTOS NUEVE MIL CUATROCIENTOS DIEZ CON 40/100 NUEVOS SOLES)**, con cargo a lo cancelado, por la inejecución de las prestaciones establecidas en el contrato.

El colegiado ha considera que la ENTIDAD ha establecido que el CONTRATISTA no ha inejecutado las prestaciones a su cargo, toda vez que la ENTIDAD no ha cumplido con pronunciarse en relación a los informes presentados por dicha parte, motivo por el cual no resulta amparable la pretensión de la ENTIDAD presentada en vía de reconvención.

PUNTO CONTROVERTIDO COMUN.

DECIMO PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde establecer la condena de costos y costas del proceso y en su caso a quien corresponde el pago de los mismos.

En cuanto a los costos del arbitraje, los artículos 70º y 73º del Decreto Legislativo N° 1071, disponen que el Tribunal Arbitral tenga en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el Tribunal podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Además de lo antes expuesto, los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del tribunal arbitral; (ii) los honorarios y gastos del secretario; (iii) los gastos administrativos de la institución arbitral; (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; (v) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; (vi) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

Atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes y considerando el resultado o sentido de este laudo, pero, al mismo tiempo, que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, en razón de la incertidumbre jurídica que existía entre ellas que —precisamente— motivó el presente arbitraje, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en vía arbitral; y que, además, el Tribunal Arbitral considera a efectos de regular el pago de tales conceptos el buen comportamiento procesal de las partes, se estima razonable que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar y que cada una de las partes asuma los honorarios de los gastos arbitrales que les corresponde.

Por las consideraciones antes expuestas, este Tribunal **Arbitral LAUDA EN DERECHO:**

PRIMERO: Declarar INFUNDADA la excepción de caducidad deducida por la ENTIDAD.

SEGUNDO: Declarar FUNDADA la pretensión de la CONTRATISTA, en consecuencia corresponde que se declare el Reconocimiento de la Conformidad Total del servicio brindado generado a raíz de la suscripción del contrato de servicio de mantenimiento de cerco vivo en el complejo arqueológico Chan Chan, derivado de concurso público N° 001-2011-CHAN CHAN.

TERCERO: Declarar FUNDADA la pretensión del CONTRATISTA, en consecuencia corresponde que se declare Consentida la Resolución de contrato de servicio de mantenimiento de cerco vivo en el Complejo Arqueológico Chan Chan, derivado de concurso público N° 001-2011-CHAN CHAN, por incumplimiento en sus obligaciones esenciales (Pago), notificada notarialmente con fecha 17 de enero del año 2013.

CUARTO: Declarar FUNDADA la pretensión del CONTRATISTA, en consecuencia corresponde que se declare Consentida la Liquidación de servicio brindado y notificada notarialmente con fecha 09 de abril del 2013, que asciende a la suma de (S/.653,466.78) SEIS CIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS SESENTISEIS y 78/100 nuevos soles.

QUINTO: Declarar FUNDADA la pretensión del CONTRATISTA, en consecuencia corresponde que se declare el Reconocimiento y pago por el servicio prestado correspondientes a los meses de mayo 2012 a noviembre del 2012, que asciende a la suma de S/.653,466.78 nuevos soles (SEIS CIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS SESENTISEIS y 78/100 nuevos soles), pago que deberá realizar la ENTIDAD a favor del CONTRATISTA.

SEXTO: Declarar INFUNDADA la pretensión de la CONTRATISTA, en consecuencia no corresponde declarar el reconocimiento y pago de los intereses legales generado por la demora en el pago.

SÉTIMO: Declarar FUNDADA la pretensión de la CONTRATISTA EN consecuencia corresponde se Declare la Ineficacia del Acto Administrativo contenido en el Oficio N° 001-2013-OAPECACH-VMPCIC/MC de fecha 18 de

Enero del 2013, que contiene la comunicación de observaciones al servicio brindado.

OCTAVO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión de la ENTIDAD, en consecuencia no corresponde que de conformidad con lo establecido en artículo 165º del Reglamento de Contrataciones con el Estado, se establezca la penalidad por mora en la ejecución de la prestación por parte del contratista **PRODUCTOS y SERVICIOS DE MANTENIMIENTO Y SEGURIDAD INDUSTRIAL SRL - PROMAS SRL**; en el monto de S/. 160,895.60 nuevos soles.

NOVENO: Declarar **IMPROCEDENTE** la pretensión de la ENTIDAD, en consecuencia no corresponde que se establezca la resolución del **CONTRATO DE SERVICIO DE MANTENIMIENTO DE CERCO VIVO EN EL COMPREJO ARQUEOLOGICO CHAN CHAN**, derivado de **CONCURSO PUBLICO W 001-2011- CHAN CHAN**, por causas atribuibles al contratista **PRODUCTOS y SERVICIOS DE MANTENIMIENTO Y SEGURIDAD INDUSTRIAL SRL - PROMAS SRL**, por incumplimiento Injustificado de las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias, pese a haberse exigido y haberse comprometido, así como acumular el máximo de penalidad por mora.

DÉCIMO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión de la ENTIDAD, en consecuencia no corresponde de conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, se establezca la Indemnización por los daños y perjuicios ocasionados al Ministerio de Cultura por parte del contratista **PRODUCTOS y SERVICIOS DE MANTENIMIENTO Y SEGURIDAD INDUSTRIAL SRL - PROMAS SRL**, cuyo monto es de **S/. 369,852.0** (TRESCIENTOS SESENTINUEVE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTIDÓS NUEVOS SOLES).

DECIMO PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión de la ENTIDAD, en consecuencia no corresponde que el contratista **PRODUCTOS y SERVICIOS DE MANTENIMIENTO Y SEGURIDAD INDUSTRIAL SRL - PROMAS SRL**, devuelva al Ministerio de Cultura la suma de **S/. 209,410.40** (DOSCIENTOS

NUEVE MIL CUATROCIENTOS DIEZ CON 40/100 NUEVOS SOLES), con cargo a lo cancelado, por la inejecución de las prestaciones establecidas en el contrato.

DECIMO SEGUNDO: Disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, que cada parte asume los gastos, costos y costas que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios de los árbitros, del secretario arbitral, su defensa legal, entre otros.

Horacio Cánepa Torre
Presidente del Tribunal Arbitral


Vicente Fernando Tincopa Torres
Árbitro


Randol Edgard Campos Flores
Árbitro


Jorge Hidalgo Solórzano
Secretario del Tribunal Arbitral